

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2019.

#### Y VISTOS:

El 5 de noviembre de 2019 se celebró la audiencia oral y pública prevista en el art. 454 del CPPN, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial, contra el auto de fs. 302/323 vta. mediante el cual se decretó el procesamiento de D. C. A. por el delito de sustracción de menor, se trabó embargo sobre sus bienes y dinero por la suma de ciento cincuenta mil pesos -\$150.000- y se le prohibió la salida del país.

Al acto comparecieron el Dr. Ariel Cagnola, funcionario de la Defensoría General de la Nación, a fin de mantener el recurso y exponer sus agravios; y el querellante M. D. G., junto a su letrada patrocinante, la Dra. Deborah Lichtmann.

Así, debido a lo allí producido y a la necesidad de un análisis pormenorizado de las actas escritas obrantes en autos, se dictó un intervalo a efectos de deliberar y resolver sobre el asunto. Cumplido ello, el tribunal se pronunció conforme a continuación se detalla.

#### Y CONSIDERANDO:

Hecho atribuido Según surge del acta de la declaración indagatoria de fs. 242/243, a D. C. A. se le atribuye: “haber sustraído al menor L. D. G. A. de 5 años de edad, del ámbito de guarda de su padre conviviente M. D. G., quien junto a la imputada ostentaba la legítima responsabilidad parental del menor -en razón del acuerdo del Plan de Parentalidad de fecha 17 de mayo de 2019, homologado ante el Juzgado de Familia N° 1 del Dpto. Judicial de Lomas de Zamora, en el que se había establecido la patria potestad compartida de ambos progenitores y el cuidado alternado del menor- al trasladarlo sin aviso ni autorización de su progenitor o comunicación a la justicia interviniente, fuera del ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde el menor residía y convivía con el mencionado G. de lunes a jueves de cada semana -específicamente en el domicilio de la Av., de esta ciudad, jurisdicción en la que además desarrollaba su escolaridad -al menos desde el 18 de julio hasta el 28 de agosto ambos del corriente año- momento en el cual fue habido a partir de la investigación realizada. Que a los fines de sacar al niño de la esfera de custodia de su progenitor M. D. G., el día 18 de julio de

este año, la imputada tras retirar al mencionado menor del establecimiento educativo denominado ‘.’, sito en la calle ., de esta ciudad, trasladó al mismo por vías aún no determinadas a la localidad de Río Grande, provincia de Tierra del Fuego, lugar donde lo retuvo y ocultó del poder de decisión de su padre, específicamente en el domicilio de la calle . de esa localidad que correspondía a la residencia de J. N. A. H., sustrayéndolo de su padre hasta el día a 23 de agosto de 2019, cuando fue encontrada por personal de la Subdelegación Río Grande de la P.F.A., siendo que por resolución judicial del día 28 de agosto de 2019, específicamente emanada del Juzgado de Familia N° 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, el menor fue restituido a M. D. G. A la postre, el día 11 de septiembre de este año, por resolución de ese tribunal hizo lugar a la medida cautelar solicitada por G. ordenando la permanencia del menor L. D. G. A. junto a su padre de lunes a viernes de cada semana”.

Sobre la valoración probatoria Luego de lo producido en el debate y del análisis de la cuestión traída a estudio consideramos que los agravios vertidos por la defensa de la encausada no resultan suficientes para desvirtuar los fundamentos de la resolución recurrida, por lo que corresponde confirmarla.

Los elementos de prueba reunidos en la pesquisa corroboran los extremos de la denuncia presentada por el querellante D. M.G.

A pesar de lo sostenido por la defensa, de los escritos que acompañó la querrela en la causa no se desprende que el Sr. G. supiera dónde estaba su hijo L.

Por el contrario, a fs. 1/8 manifestó que temía por su integridad, pues no sabía con quién se encontraba y si se lo habían llevado fuera del país. Posteriormente, el 21 de agosto del corriente año, presentó un nuevo escrito en la causa y acompañó documentación -fs. 21/44- donde consta que ese día la directora del colegio donde concurría el menor, M. R. G., le informó que A. le había solicitado el “pase” y “libre de deuda” para anotarlos en un jardín de la provincia de Tierra del Fuego -Jardín de Infantes fueguino-.

Recién en ese momento, en atención a que la actual pareja de A., J. N. A. H., tenía domicilio en esa provincia, la querrela aportó probables direcciones donde podía estar el niño, las cuales fueron obtenidas por una búsqueda en

internet. De hecho, no fue encontrado en ninguno de ellos, sino en el consultorio de A. H., que fue aportado dos días después -fs. 45-.

Por otra parte, es contradictoria la explicación que brindó la defensa sobre las razones que llevaron a A. a viajar a la ciudad de Río Grande. Nótese que, por un lado, indicó que se había ido con el niño para protegerlo de una persona a la que había denunciado por abuso sexual contra él, pero, por otro lado, explicó que tuvo que irse con urgencia a causa de un episodio cardíaco que había padecido A.H.

Aún si se interpretara que lo hizo por ambas causas, su relato luce inverosímil.

La primera no justificaba que unilateralmente violara el acuerdo de parentalidad al que habían arribado -y que fuera homologado por el Juzgado de Familia No 1 de Lanús, Departamento Judicial de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires-. Tampoco explica por qué, si su intención no era quedarse en la ciudad de Río Grande y el viaje se debía a esa causa imprevista, pidió el pase escolar de L. para anotarlo en una institución escolar en esa localidad.

En cuanto al segundo motivo introducido por la defensa, ello no ha sido acreditado a través de ningún medio de prueba. Nótese que el certificado médico que acompañó en copia simple a fs. 287 está fechado 22 de agosto de 2019. Ese dato es relevante habida cuenta que A. se había retirado de su domicilio hacia Tierra del Fuego al menos dos días antes -si se tiene en cuenta lo manifestado por su otro hijo, N. B., fs. 46 y 96/vta.-. A ello, se agrega que tal como afirmara la Dra. Lichtmann en la audiencia, el 23 de agosto, en el marco de las tareas de investigación ordenadas por el juzgado a fin de dar con el paradero del menor, se encontró a A. H. en su lugar de trabajo sin registrar ningún problema de salud.

En consecuencia, un análisis conjunto de estos elementos por medio de las reglas de la sana crítica -art. 241, CPPN- permite establecer que se ha arribado al grado de probabilidad positiva que requiere el art. 306 del CPPN para homologar la decisión materia de revisión.

menores Sobre la tipicidad de la figura de sustracción y retención de En relación con lo sostenido por la recurrente sobre la calificación jurídica

asignada, y de acuerdo a lo sostenido oportunamente en el fallo “G. L.” -Sala de FERIA A, causa no 77.680/16, rta. 15/01/19- compartimos los argumentos del Sr. juez de grado.

En primer lugar, porque el art. 146 del CP contempla en su tipicidad sistemática un sujeto activo común, así dice “será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”. Como se puede ver, la norma no excluye como posibles autores a los progenitores del menor.

Tampoco se puede entender que estemos ante un caso de sujeto activo especial impropio, por el cual el vínculo con el sujeto pasivo del delito configurase un supuesto especial de autoría como ocurre, a manera de ejemplo, en el caso del homicidio agravado por el vínculo -art. 80, inc. 1o, del CP-. Con esto se quiere decir que la circunstancia de que el menor pueda ser hijo del sujeto activo no excluye la tipicidad del art. 146 del CP y no existe ninguna norma penal o extrapenal que haga sostener ello.

En segundo lugar, el ejercicio de la responsabilidad parental compartida, como se verifica en este caso al momento del hecho, no puede justificar la exclusión de la tipicidad del art. 146 del CP. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos para su protección y formación integral que, en caso de ser compartida, no autoriza a uno de los progenitores a excluir al otro del ejercicio de ella mediante el despojo del menor -cfr. arts. 648 y ss. del CCyCN-.

Es que la conducta de un progenitor que sustrae al niño contra la voluntad del otro que ejerce la “tenencia” legítima -actualmente denominado “cuidado personal”- no se encuentra amparada por el instituto de la responsabilidad parental, sino que constituye un ataque al mismo al afectarse su libre ejercicio por el otro progenitor.

El padre que no posee la “tenencia” de sus hijos y los sustrae de quien sí la tiene no está ejerciendo legítimamente sus derechos, sino que, con su accionar, impide el libre ejercicio de esos derechos-deberes por parte de quien la detenta.

Sobre esa misma directriz, no podemos dejar de señalar que en casos como el aquí ventilado, cobra especialísima trascendencia que todos los protagonistas involucrados actuemos con la mayor diligencia posible, con especial consideración de los principios imperantes en materia de las máximas establecidas en la Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes -Ley 23.849-, así como en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes que establece la aplicación obligatoria de la Convención, todo lo cual exige una visión que supere una perspectiva exclusivamente paternalista y tome en cuenta el interés superior del niño, que, por conductas como las aquí tratadas, se pueden ver expuestos a interrumpir el vínculo con el otro progenitor.

En concreto, el artículo 3.1 de la Convención dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se dará una consideración primordial al interés superior del niño. El Comité de los Derechos del Niño lo ha denominado el “principio del interés superior del niño” y le concede el valor de principio general orientador de la interpretación y aplicación de todas las disposiciones de la CDN -cfr. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 párrafo 12, Observación General No.14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 1 y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17-.

A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos efectuó consideraciones destinadas a asignar contenido sustantivo al concepto de “interés superior del niño”, al afirmar que “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención de sobre los Derechos del Niño” -Opinión Consultiva OC-17 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cap VII, punto 56-.

Estos lineamientos han sido recientemente reafirmados por nuestro Máximo Tribunal quien ha señalado que “la consideración del interés de los menores de edad debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a esta Corte Suprema -Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10-, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga -art. 75, inc.22, Ley Fundamental-. El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto - conf. doctrina de Fallos: 328:2870; 331:2047-.” -CSJN CSJ 004387/2015/CS001 “S.M.A. s/Art. 19 de la C.I.D.N.” rta. el 27/11/2018-.

Dicho principio también ha sido contemplado en el art. 706, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto dispone que la decisión que se dicte en los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta su interés superior. A su vez, la ya citada Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su art. 3º, entiende por interés superior de los niños la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella.

El art. 146 del CP es un tipo penal pluriofensivo que protege, por un lado, los derechos del niño como sujeto pasivo que ve afectado su libertad y, por otra parte, al otro progenitor, a quien se lo despoja de la tutela con su hijo -David Baigún, Eugenio Zaffaroni, Código Penal Comentado, art. 146 a 149 del C.P., comentario del Dr. Adrián Pérez Lance, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2008 pág. 418-.

En estos casos, hay más de un bien jurídico tutelado, que ellos deben armonizarse, teniendo en cuenta la evolución civilizada y el instituto bajo estudio que permitió y permite, por su preciso realismo originario, abarcar un abanico de posibilidades y situaciones de hecho que habrían acontecido en nuestra historia más reciente y que, lamentablemente, se dan hoy en día en nuestra sociedad -ahora entre ex parejas- pese a los dramas que todo ello provoca. Por un lado, la libertad individual del menor – especialmente cuando

es un tercero el que lo sustrae- y su derecho a la identidad; por otro el derecho de éste a ser criado -toda la actividad formativa y conductiva- por ambos padres; por otro el del padre o madre natural a gozar del hijo que han traído al mundo. Recordemos que el niño es el hijo de ambos padres y, salvo resolución judicial en contrario, los dos tienen derecho a contactarse con su hijo y la representación que puedan ejercer a su respecto no es autónoma ni exclusiva sino compartida con el otro progenitor, especialmente a partir de la sanción de la ley 23.264. En consecuencia, no es errado postular que en el tipo del art. 146 del CP “se protege primordialmente a la integridad del grupo familiar, a la incolumidad de la tenencia ejercida por los padres del menor” - cfr. CFCP Sala IV, causa 5105, “Pyrih, Luis Aníbal s/recurso de casación”, Reg n° 8276.4 del 26/02/07-.

A su vez, tal como sostiene la doctrina, en estos casos no puede adoptarse un temperamento absoluto, debiendo atenderse a un análisis casuístico particular, que no puede definirse anticipadamente -D’ Alessio, Andrés J. et. at. Código Penal de la Nación, comentado y anotado, Segunda Edición, Tomo II, parte especial, Ed. La Ley, Bs.As. 2014 pág. 478-, ya que para que el supuesto típico se verifique, “se debe estar frente a un despojo que muestre cierta entidad y duración, como dice Soler, que se trate de una verdadera desaparición del niño” -Baigún-Zaffaroni, ob. cit., pág.496-.

Esto es lo que ha ocurrido en este caso, en que se sustrajo a la menor por un tiempo prolongado -entre el 19/7/19 y 28/8/19-, con su traslado a otra provincia, lográndose recién restituirlo al padre por la intervención judicial y policial.

Sobre el embargo Acerca del monto del embargo también impugnado por la defensa, sin perjuicio de destacar que nos encontramos frente a una medida

cautelar y provisional que, por ende, puede ser modificada con posterioridad; toda vez que lucen atendibles los agravios sostenidos por la recurrente en cuanto a que luce excesiva la suma impuesta, teniendo en cuenta una hipotética acción civil y los gastos del proceso, corresponde reducir la suma asignada y fijarla en cien mil pesos -\$100.000-.

Sobre la prohibición de salir del país Finalmente, en atención a que la defensa no expuso cuáles eran sus agravios sobre la imposición de esta medida cautelar, las notas alusivas a la oralidad, bilateralidad y contradicción

asignadas a este ámbito recursivo no pudieron configurarse, justamente por el modo de intervención que la parte interesada asumió al tiempo en que debía dar las razones de su posición Por lo tanto, tendremos por desistido el recurso sobre esta cuestión -art. 454 del CPPN-.

En virtud de lo expuesto, el tribunal RESUELVE:

I. CONFIRMAR el punto I de la resolución de fs. 302/323vta. en cuanto decreta el procesamiento de D. C. A. por el delito de sustracción de menor - art. 455 del CPPN-.

II. REDUCIR del monto trabado del embargo sobre sus bienes a la suma de cien mil pesos -\$100.000-, art. 518 del CPPN.

III. TENER POR DESISTIDO el recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial respecto a la prohibición de salir del país impuesta en el punto III de la resolución recurrida.

El juez Jorge Luis Rimondi no interviene por estar subrogando en la vocalía 7 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, y el juez Mariano A. Scotto, subrogante de la vocalía 5, tampoco, por hallarse cumpliendo funciones en la Sala VII de esta Cámara al momento de la audiencia. El juez Hernán Martín López suscribe en su carácter de subrogante de la vocalía 14.

Los comparecientes prestaron conformidad con la integración de la sala y con el procedimiento en caso de disidencia.

Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

Pablo Guillermo Lucero

Hernán Martín López

María Inés Sosa

Secretaria de Cámara

En la fecha se remitió. Conste.



